

LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ BERMEJO VERA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.— III. EL FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMUNITARIO.— IV. LAS EXCLUSIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA COMISIÓN DE DELITOS.— V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR POR CAUSA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.— VI. LA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR DERIVADA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS.— VII. LAS PROHIBICIONES POR FALTA DE SOLVENCIA ECONÓMICA.— VIII. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR QUE SE DEDUCEN DEL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LOS PRIVADOS.— IX. EPÍLOGO: LA AFECTACIÓN SUBJETIVA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO.

RESUMEN: En este artículo se ponen de relieve los fundamentos y características de las «prohibiciones de contratar», es decir los obstáculos, preestablecidos en la Ley, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública. Además de los requisitos de capacidad, solvencia y habilidad de quienes aspiran a colaborar con los poderes públicos en la realización de sus fines, vinculados a la necesidad de asegurar la «limpieza» e igualdad de oportunidades en la contratación pública, las prohibiciones están previstas precisamente para impedir la manipulación de los intereses generales y los fracasos de las acciones públicas. Sin embargo, incomprensiblemente, los distintos tipos o causas de prohibición se aplican de forma desigual a los Entes que tienen la condición de Administración Pública y a otros entes del sector público. Si la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas, formen parte del sistema de contratación pública, no se entiende la razón por la que dichas prohibiciones no operan en todo el sector público.

Palabras clave: prohibiciones de contratar; contratos públicos; capacidad para contratar; igualdad de oportunidades; interés público.

ABSTRACT: This article highlights the grounds and elements of the so-called «prohibitions from procurement» i.o.w. the legal obstacles that hinder the engagement of certain parties (individuals and public or private corporations) in the public procurement system. As well as the requirements of capacity and reliability of tenderers, aimed at

ensuring the fairness and equalness in the public procurement procedures, said prohibitions are specifically laid down to impede the manipulation of the public interest and the failures of the public performance in general. Nevertheless, incomprehensibly, the different prohibition clauses apply inequally to the public Administrations and to other public bodies. If the only and objective purpose of the «prohibitions from procurement» is to prevent certain unworthy or illicit conduct performers from taking part in the public procurement system, said prohibitions should apply to all public contracting authorities indistinctly.

Key words: prohibitions from procurement; public procurement; aptitude for contracting; equal opportunities; public interest.

I. INTRODUCCIÓN

Las Administraciones públicas y demás entes del sector público (1) desempeñan sus cometidos, al ejecutar los mandatos y encomiendas del Legislador, de múltiples formas. Pero, por razones que ahora no hace al caso citar, aunque muy vinculadas a la política económica, necesitan la colaboración del sector privado para llevar a cabo todo tipo de actividades materiales de construcción y reparación de obras públicas, adquirir equipamiento mobiliario, bienes o productos de muy diversa índole, realizar planes, programas e informaciones como soporte de su actuación ordinaria, y prestar servicios absolu-

(1) Las prohibiciones de contratar, como veremos, no afectan del mismo modo a las Administraciones Públicas y al resto de los entes del sector público. Por «sector público» debe entenderse un conjunto heterogéneo del que forman parte, obviamente y en primer lugar, todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado (aquí se incluyen las Entidades locales), como de las Comunidades Autónomas. A partir de la legislación presupuestaria se determinan todas las organizaciones y estructuras «de Derecho público», es decir, investidas de poder público real, como las entidades de naturaleza pública dependientes o vinculadas a las Administraciones Públicas, las sociedades mercantiles de propiedad pública (total o parcial, pero, en este caso, bajo el control real, en el plano de la administración, dirección o supervisión de Administraciones y demás entes públicos), los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado y las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (véase en este sentido el art. 2 del Real Decreto Legislativo. 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en lo sucesivo), y, por supuesto, las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado o de las Comunidades Autónomas. Vid. sobre esta cuestión, C. CHINCHILLA MARÍN: *La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas*, en la «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 79, año 2007, pp. 41-70; J.A. MORENO MOLINA-F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático», Ed. La Ley, Madrid, 2007, especialmente, pp. 117 a 130; y, sobre todo, J. M^º. GIMENO FELIÚ: *El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 176, año 2008, pp. 9 a 53.

tamente indispensables para la colectividad. En definitiva, necesitan la cooperación ajena para el cumplimiento de los objetivos propios.

Al objeto, pues, de cumplir los mandatos legales, las Administraciones y demás sujetos de naturaleza jurídico-pública requieren la colaboración de terceros —personas físicas o jurídicas (empresarios, contratistas, agentes económicos)— con quienes pacta, esto es, entra en relación jurídica de carácter «bilateral» para realizar aquellas actividades, de acuerdo con un régimen jurídico específico y singular que deriva del Ordenamiento civil contractual (2). Por supuesto, los contratos públicos no son sólo un medio de colaboración particular en el cumplimiento de las tareas públicas, sino que, a través de estas fórmulas contractuales, los organismos del sector público llevan a cabo una política de intervención en la vida económica y social, atendiendo a la importantísima cuantía del gasto público en este ámbito.

Como las Administraciones Públicas constriñen —o deben constreñir— su labor a la consecución de los intereses generales, en estas relaciones jurídicas bilaterales existe también un alto componente de prerrogativa o potestad pública. Estas especiales dosis de potestad se encuentran sobradamente justificadas, sobre todo, por la finalidad pública que late en el fondo de cualesquiera contratos realizados desde el poder público [es decir, también los órganos constitucionales y estatutarios distintos de las Administraciones (3)] y por el carácter de *potentior personae* del ente contratante. Pero, lógicamente, las prerrogativas están contrapesadas con los deberes de sometimiento a las condiciones de la propia legislación contractual y, por supuesto, con algunos principios y reglas del Ordenamiento jurídico privado (como la buena fe, por ejemplo). En parte, los demás entes del sector público obedecen a la misma lógica, lo que precisamente explica, por un lado, que algunas prerrogativas públicas alcancen a estas organizaciones diferenciadas, en sustancia y en estructura formal, de la Administración, y, por otro, que la legislación de contratos públicos distinga, en ciertos aspectos, los requisitos o condiciones aplicables. Este es, justamente, el caso de las «prohibiciones de contratar», como veremos más adelante.

(2) Son bien conocidos los pioneros trabajos al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y S. MARTÍN-RETORTILLO destacando el origen civilístico del contrato público, al tiempo que la especificidades de su régimen. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 41, año 1963, pp. 99 y ss.; y S. MARTÍN-RETORTILLO: *La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, en la misma Revista, núm. 29, año 1959; así como su excelente libro, «Sobre la génesis de Derecho administrativo y sus instituciones», Sevilla, 1960.

(3) De ahí que la Disposición adicional cuarta de la LCSP establezca que el Congreso, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo y todos los órganos «equivalentes» de las Comunidades Autónomas «ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas».

No es el momento ahora de identificar las prerrogativas contractuales de unos y otros entes públicos. Sin embargo, desde la perspectiva de las limitaciones a la contratación pública, y, sobre todo, de las más relevantes o efectivas que son las mencionadas prohibiciones, conviene advertir que la peculiar posición de los contratistas particulares obliga a extremar las medidas de previsión de perjuicios a la correcta realización de los objetivos públicos e incluso de eventuales deterioros de la imagen pública. Las prohibiciones de contratar, junto a las inflexibles exigencias de capacidad, solvencia y habilidad de quienes aspiran a colaborar con los poderes públicos en la realización de sus fines, están previstas precisamente para impedir la manipulación de los intereses generales y los fracasos de las acciones públicas.

II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Desde el punto de vista conceptual, las prohibiciones de contratar se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública. Obviamente, existen otros obstáculos para el acceso al contrato público, como los referidos a los requisitos de capacidad y solvencia, o aquellos vinculados a la necesidad de asegurar la «limpieza» e igualdad de oportunidades en determinadas manifestaciones contractuales. Así, y además de los aludidos requisitos de capacidad y solvencia (4), sin la concurrencia de los cuales es legalmente imposible celebrar contratos públicos, las normas vedan directa y expresamente la contratación por determinados motivos tasados, ligados al comportamiento precedente de los aspirantes o a su situación personal actual (5).

En efecto, la imposibilidad legal de contratar con los poderes públicos, por falta de requisitos de capacidad y solvencia, se encuentra especialmente fortificada con la consecuencia de la sanción de nulidad. No es solamente que, en la vertiente positiva, la ley exija una «aptitud» concreta y, consiguien-

(4) Arts. 43 y ss. de la LCSP. Sobre la naturaleza y características de los requisitos exigidos en los mencionados preceptos, vid. J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público... cit.»; Vid., asimismo, el vol colectivo «Diccionario de Contratación» (Dir. J. BERMEJO VERA), Ed. Iustel, Madrid, 2008.

(5) Vid. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO: «El contratista de la Administración Pública», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000; y también, A. CEA AYALA: *Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar*, en la revista «Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas», núm. 67, año 2007, pp. 26 y ss.

temente, limite la posibilidad de contratar con el sector público a «*las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas*», sino que, a mayor abundamiento, en los casos de vulneración de tal restricción, los contratos eventualmente celebrados son nulos de pleno derecho. Cuando concurre, en efecto, cualquier causa o circunstancia de prohibición de contratar, y con independencia de que sea o no declarada con carácter previo al contrato, éste será nulo de pleno derecho.

Ahora bien, en primer lugar, la nulidad radical o de pleno derecho por causa de las prohibiciones de contratar se produce solamente en los contratos de las Administraciones Públicas, sean públicos o privados —no, por tanto, en los contratos del resto del sector público— y en los sujetos a regulación armonizada. En segundo lugar, la causa de nulidad borra jurídicamente desde el origen del acto de adjudicación o del contrato celebrado cualquier efecto que se haya producido. Las irregularidades invalidantes que provocan la nulidad de pleno derecho pueden surgir y ser denunciadas en cualquier momento, e implican la desaparición de cualesquiera efectos que haya podido producir el acto o contrato nulo.

La nulidad, pues, deberá declararse en el momento en que se descubra la existencia de una causa de prohibición, lo que significará la desaparición jurídica de la eventual decisión de adjudicación del contrato o, si ya ha sido adjudicado, la extinción del contrato por resolución del mismo. y consiguiente liquidación. El órgano de contratación, sin embargo, como ocurre en toda declaración de nulidad, podrá acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente (6). Por otra parte, en su

(6) Art. 32, en relación con el art. 43, de la LCSP. Esta declaración expresa de nulidad radical supone, en términos jurídicos, la desaparición de cualesquiera efectos del contrato celebrado (*ex tunc*, o sea, desde que se celebró y firmó), es decir, borra desde el origen del contrato cualquier efecto producido. Y, desde luego, los «vicios» o defectos que acarreen la nulidad pueden ser denunciados en cualquier momento. Por esa razón, la LCSP establece que «*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*». No obstante lo cual, y en garantía de protección de los intereses públicos, se deja abierta la puerta a la continuidad del contrato declarado nulo, en el caso de que se produzca «*un grave trastorno al servicio público*», al menos «*hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio*» (art. 35. 3 LCSP). Sobre la eficacia de la nulidad de pleno derecho y sus diferencias con la declaración de anulabilidad, vid. las clásicas

dimensión negativa, los requisitos de admisión al sistema de contratos públicos se cierran a determinados sujetos incursos en situaciones especiales, por medio de estrictas «prohibiciones». A estas limitaciones específicas se refiere el presente trabajo.

Conviene señalar que, en uno y otro caso, nos encontramos ante auténticos obstáculos legales a la entrada en el sistema de contratación pública. Ahora bien, mientras que la falta de los requisitos o condiciones de admisibilidad al contrato (aptitud, diríamos, para contratar) puede subsanarse, simplemente con la adaptación a lo exigido, las mayor parte de las prohibiciones de contratar constituyen una barrera infranqueable para los incursos en ellas (imposibilidad, diríamos, de contratar) (7). Por lo demás, cualesquiera exigencias o condiciones legalmente previstas en cuanto a la capacidad para ser contratista pueden considerarse como impedimentos a la contratación, porque, lógicamente, quienes no demuestren estar «habilitados» para realizar un contrato público están «inhabilitados» o, dicho de otra forma, se les prohíbe la posibilidad de acceder a la condición de contratistas. Y, por supuesto, aquellos aspirantes que no puedan demostrar su solvencia técnica o económica, o no tengan la «clasificación» exigida (8), tampoco pueden

obras de T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ («La doctrina de los vicios de orden público», I.E.A.L., Madrid, 1970, especialmente, pp. 103 y ss.) y de J.A. SANTAMARÍA PASTOR («La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, I.E.A., Madrid, 1972). Más reciente y, en parte, «revisor» de las tesis anteriores, vid. J. GARCÍA LUENGO: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, especialmente, pp. 245 y ss.

(7) Se entiende que, como se verá, las prohibiciones basadas en circunstancias y hechos producidos punibles con anterioridad al momento de la contratación carecen de la posibilidad de superación, al menos temporalmente, es decir, mientras no se haya extinguido la responsabilidad y los efectos del castigo (condenas penales y sanciones administrativas) o permanezca la situación que obstaculiza el acceso al contrato (incumplimientos tributarios u otros deberes semejantes, incompatibilidades).

(8) La «clasificación» es un instrumento jurídico para la demostración objetiva y automática de las situaciones de capacidad y aptitud de quienes aspiran a la condición de contratistas. Quienes aspiran a esa condición tienen la posibilidad de figurar incluidos en «listas» oficiales o, alternativamente, obtener certificados emitidos por organismos, públicos o privados, pero en todo caso autorizados por las normas de los Estados miembros de la Unión Europea. La inscripción en esos listados o la obtención de las certificaciones expedidas por dichos organismos tiene un valor presuntivo de la capacidad, solvencia y aptitud de los aspirantes a la licitación y celebración del contrato, de modo que, aunque se pueden exigir ciertas informaciones suplementarias o complementarias (sólo sobre cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social) con ocasión de la convocatoria de cada procedimiento de adjudicación contractual, no es jurídicamente posible cuestionar o dudar de la información que se deduce de la inscripción en las listas o de la obtención de los certificados. Vid. el excelente y preciso comentario de J. A. SANTÍAS VIADA: *La Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Clasificación de las empresas. El Registro Oficial de empresas clasificadas y el Registro público de contratos*, en el vol. colectivo (dirigido por R. GÓMEZ-FERRER): «Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2ª ed.,

concurrir a los procedimientos selectivos de los respectivos contratos. En el fondo, también esta restricción implica efectivamente una prohibición de contratar. No obstante, cuando aludimos a las prohibiciones de contratar estamos haciendo referencia a los obstáculos perfectamente tasados y tipificados como tales en la Ley (9).

Ha de advertirse, en primer lugar, que, salvo expresa y concreta constancia en las leyes, a nadie se le puede impedir que aspire a la condición de contratista público, esto es, que acceda al sistema de contratación pública. Una declaración de la prohibición de contratar con el sector público constituye la máxima sanción aplicable al empresario, porque implica su expulsión del mercado de la contratación pública mientras permanezca en vigor la prohibición. Cuando, por añadidura, la realización de contratos públicos es objetivo principal de la empresa u ocupa una parte importante de sus actividades, la aplicación de las prohibiciones de contratar podrá significar, de hecho, ya no solamente una reducción de ingresos indispensables para la continuidad de la empresa, sino su irremisible desaparición o extinción. Por ello, la regulación de este tipo de limitaciones a la contratación debe llevarse a cabo con exquisito y absoluto respeto de los principios constitucionales de libertad e igualdad, y con los oportunas fórmulas de ecuanimidad, transparencia y garantías (10).

En definitiva, la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas desde diversos puntos de vista (los responsables de actividades fraudulentas o delictivas, de fraudes a las subvenciones, de incumplimiento de la legislación fiscal o laboral, etc.), formen parte del sistema de contratación pública y, en concreto, accedan a la condición de contratista en relación con algún ente público. Pero, la finalidad esencial de las prohibiciones de contratar es asegurar la realización del contrato por sujetos intachables desde diversos puntos de vista, o sea «honorables» (11). Por ello, ade-

2004, pp. 199 y ss; específicamente, pp. 219 a 234; y también, A. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE: *La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en la «Revista Noticias de la Unión Europea», núm. 136, año 1996.

(9) A mi juicio, en efecto, hay en este punto «reserva de Ley», obviamente, puesto que cualquier disposición reglamentaria o de otro nivel que prohibiera el acceso al sistema de contratación pública vulneraría el contenido, sobre todo, de los arts. 38 y 53 de la Constitución. Por eso, como veremos más tarde, alguna de las disposiciones relativas a las prohibiciones de contratar, deferidas a la norma reglamentaria, adolecen de la cobertura suficiente.

(10) Así, precisamente, comenzaba el Informe aportado por la patronal SEOPAN en el proceso de elaboración del proyecto de LCSP.

(11) La honorabilidad es un concepto difuso y confuso, que evoca, por lo común, una «moralidad profesional» (art. 45 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo) y que debe distinguirse de

más de los incursos en actividades ilícitas o no dignas, se trata es impedir que participen en la contratación pública personas, empresas o entidades en quienes concurren determinadas circunstancias o que permiten albergar dudas en la objetividad e imparcialidad de los órganos —sus titulares, quiere decirse— contratantes de la Administración (las relaciones familiares o de jerarquía laboral, conflictos de intereses públicos, etc.). Por supuesto, estas últimas prohibiciones están encaminadas a combatir cualquier posibilidad de corrupción, garantizando, tanto la honorabilidad de las personas que desean contratar con las Administraciones públicas y demás entes del sector público, como la imparcialidad del poder público contratante. Y, finalmente, hay que añadir otros objetivos no menos importantes, tales como impedir que adquieran la condición de contratistas quienes hayan defraudado a los sujetos públicos en el cumplimiento y ejecución de otros contratos precedentes o evitar cualesquiera prácticas colusorias de los eventuales contratistas, es decir, los comportamientos encaminados a la concertación o adopción de acuerdos que restrinjan, falseen o dificulten la competencia.

Pues bien, al constituir las prohibiciones de contratar una barrera impenetrable muy importante en el acceso a los contratos del sector público, y habida cuenta de los principios de publicidad, transparencia y, sobre todo, igualdad o no discriminación vigentes en el sistema de contratación pública, deben tipificarse perfectamente, cuantitativa y cualitativamente, o, dicho de otro modo, han de encontrarse descritas con detalle en las leyes, sin perjuicio de su eventual reiteración en los anuncios del contrato o en los pliegos del clausulado contractual. Pero ello no significa que sean los anuncios o los pliegos contractuales el lugar idóneo para establecer ninguna prohibición de contratar que no se halle previa y expresamente tipificada en las leyes, aunque sí resulta perfectamente posible introducir en los pliegos contractuales determinadas condiciones especiales, cuyo incumplimiento, a su vez, constituya, ya no solamente causa de la resolución del contrato cuyos requisitos especiales se han

la buena conducta o la carencia de antecedentes penales, ambos requisitos frecuentemente exigidos para la obtención de permisos o autorizaciones administrativas, y también de los calificativos de «persona non grata», porque el honor no desmerece por la calificación de un Ayuntamiento en ese sentido (STC de 13 de noviembre de 1989). Sin embargo, y como detectó en su día el Tribunal Constitucional, si bien no puede admitirse el concepto abstracto de buena conducta con referencia a los comportamientos generales del individuo, sí es admisible como «noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón del interés público protegido por la norma que impone dicho requisito» (Sentencia 114/1987, de 6 de julio; Fundamento jurídico cuarto). Vid. el comentario de L. MARTÍN-RETORTILLO: *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 130, año 1993, pp. 23 y ss. Con referencia al concepto del «honor» desde la perspectiva de la acción administrativa, me remito al excelente trabajo de J.L. BERMEJO LATRE: *La Administración y el derecho al honor*, en «Revista de Administración Pública», núm. 175, año 2008, pp. 375 y ss.

incumplido, sino una infracción grave y determinante de prohibición de contratar en el futuro «con las Administraciones Públicas». Es preciso poner de relieve, en efecto, que, incomprensiblemente (12), los distintos tipos o causas de prohibición se aplican de forma desigual a los Entes que tienen la condición de Administración Pública (13), cuestión que no parece de recibo (14). También conviene destacar que las prohibiciones de contratar tienen la naturaleza de «disposiciones comunes», esto es, afectan a todos y cada uno de los contratos públicos y, en ciertos supuestos, a todas y cada una de las entidades del sector público obligadas a respetar los procedimientos de contratación, con independencia de sus tipologías, finalidades o cuantías.

III. EL FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como es bien sabido, el acervo comunitario en general y, obviamente, las normas europeas de contratación pública en particular, son absolutamente vinculantes para nuestro Derecho interno —y el de los demás Estados miembros, por supuesto—, lo que obliga a respetar el planteamiento del Derecho comunitario respecto de los principios y libertades sustanciales, así como los preceptos que se derivan de su desarrollo (15). De ahí que, en previsión de

(12) Como se verá luego, esta precisión es importante, puesto que las prohibiciones de contratar no afectan por igual en el conjunto del sector público. Concretamente, el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución de un determinado tipo de contrato (normalmente referidas a consideraciones medioambientales o sociales), legalmente viables si han sido previstas en el anuncio de licitación, en los pliegos o cláusulas contractuales y son compatibles con el Derecho comunitario, puede suponer, además de la resolución del contrato (art. 206, g, de la LCSP), causa de prohibición de contratar. Adviértase, sin embargo, que esta prohibición, no automática desde luego, sólo sería aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas.

(13) Es sabido que el art. 3. 2 de la LCSP, por un lado, concreta los entes, organismos y entidades que, a los efectos de esta ley, «tendrán la consideración de Administraciones Públicas», y, por otro, excluye de esa condición a «las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales». Esta distinción, aparte de las merecidas críticas negativas recibidas, tal vez explica —que no justifica— las diferencias establecidas entre prohibiciones de contratación para el conjunto del sector público y prohibiciones que sólo afectan a las Administraciones Públicas.

(14) Y no le pareció de recibo, por ejemplo, a la Confederación Nacional de la Construcción, que, en su Informe aportado en el procedimiento de elaboración del Proyecto de LCSP señaló expresamente la presunta anomalía: «No se entiende la diferencia entre el apartado 1 y el apartado 2 de este artículo, pues en el primero se establece que «no pueden contratar con el sector público», mientras que en el segundo se establece que «son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas». (Véase, al respecto, nota 52 y el texto correspondiente).

(15) Vid., entre otros muchos, el vol. colectivo (Dir. L. Ortega): Derecho Comunitario Europeo, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007; R. ALONSO: «Sistema jurídico de la Unión Europea», Ed. Civitas,

los riesgos del «desacato» (16), constatemos, incluso con una notoria «exageración reproductora», la fidelidad con que se transponen a la legislación española preceptos de Derecho comunitario derivado. Una lógica preocupación, desde luego, por el cumplimiento adecuado de los compromisos adquiridos al incorporarnos e integrarnos en la UE. En este campo, *«la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia»* (17).

En el Ordenamiento comunitario se han establecido, desde una perspectiva positiva, determinados requisitos comunes y de obligatoria incorporación a la legislación de los Estados miembros, referidos exclusivamente a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, con la finalidad de garantizar la igualdad de trato y no discriminación. Y, por otro lado, con la pretensión no menos legítima de asegurar la protección de los intereses públicos, desde la vertiente negativa se han diseñado impedimentos relativos a la honorabilidad de los aspirantes al contrato. En líneas gene-

Madrid, 2007; y G. ISAAC: «Manual de Derecho Comunitario General», Ed. Ariel, Barcelona, 5ª ed. (trad. española de la séptima edición francesa, Ed. Dalloz, París, 1999); y J. BERMEJO VERA: «Derecho Administrativo Básico», Ed. Aranzadi, 8ª ed., Navarra, 2008.

(16) Es frecuente que el no acatamiento (de desacato, podría hablarse convencionalmente) de los principios y las normas de Derecho originario o derivado conlleve la reprobación, con unos u otros efectos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sobre la eficacia y consecuencias de las decisiones del TJUE, vid., entre otros muchos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en el vol. colectivo «Tratado de Derecho Comunitario Europeo» (Dir. García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado), Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 690 y ss. del vol II; J. GARCÍA LUENGO: «El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad», Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, especialmente pp. 23 y ss.; y la monografía de I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ: «La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE», Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004. En relación con la específica jurisprudencia de los contratos públicos, vid. M. M^{re}. RAZQUIN: *La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública*, en la revista «Justicia Administrativa», núm. 6, año 2000, pp. 15 y ss.; y J. A. MORENO MOLINA: *La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos*, «Revista de Administración Pública», núm 151, año 2000, pp. 321-328. En el ámbito de la contratación pública, se han producido recientemente nuevas condenas a España por parte del TJUE, que han obligado a modificar constantemente el Ordenamiento contractual español (Sentencias, entre otras, de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, 13 de enero de 2005 y 3 de abril de 2008).

(17) Preámbulo de la Directiva 2004/18, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo.

rales, el Derecho comunitario en este ámbito debe ser siempre interpretado en el sentido de que un Estado miembro no puede exigir a un licitador establecido en otro Estado miembro condiciones distintas de las que sirvan para demostrar su solvencia financiera, honorabilidad y cualificación profesional. Pero, además de este tipo de condiciones y con muy similares objetivos, también se permite incluir en los Ordenamientos estatales unas estrictas prohibiciones para contratar con los entes públicos o, en la terminología comunitaria habitual, «poderes adjudicadores» (18).

Pues bien, las recientes Directivas comunitarias formulan unos determinados estándares homogeneizados, en la cuestión de las limitaciones de acceso a la contratación pública, en primer lugar, con la indisimulada finalidad de evitar que, por medio del establecimiento de impedimentos u obstáculos en cada Estado miembro, se vulneren los principios de no discriminación o transparencia y, de este modo, se quebrante gravemente el objetivo principal del mercado único en la contratación pública. Y, en segundo lugar, con el menos visible objetivo de proteger los intereses públicos en presencia.

De acuerdo con la mencionada Directiva 2004/18, ha de evitarse la adjudicación de contratos públicos a quienes hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables por corrupción, por fraude contra los intereses financieros de las distintas instituciones de la Unión Europea o por blanqueo de capitales (19). Para la aplicación de estas exclusiones, debe procederse con suma cautela, esto es, siempre y cuando el sujeto público contratante verifique que existe una sentencia firme sobre tales delitos con carácter de cosa juzgada.

Por otra parte, los Estados miembros tienen la posibilidad de añadir a estas prohibiciones principales otros supuestos ligados a la comisión de deli-

(18) El proceso de decantación y definición de los sujetos públicos contratantes obligados a aplicar la normativa comunitaria ha sido un auténtico caballo de batalla en la evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. Me remito, para su análisis, a J. M. GIMENO FELIÚ: «El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)», Ed. Civitas, Madrid, 1995, especialmente, pp. 120-136; del mismo autor: «Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación», Ed. Civitas, Madrid, 2003; y también, «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española», Ed. Civitas, Madrid, 2005.

(19) Párrafo 43 del preámbulo. La interpretación del concepto de organización delictiva ha de hacerse de acuerdo con el art. 2, 1, de la Acción Común 98/773/JAI, del Consejo. La interpretación del concepto corrupción deriva exclusivamente del art. 3, 1, del Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997. En cuanto al fraude, se debe interpretar de conformidad con el Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial de la Comunidad, de 27 de noviembre de 1995). Por último, el concepto de blanqueo de capitales deriva del art. 1 de la Directiva 91/308/CEE, del Consejo, modificada por la Directiva 2001/97/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001.

tos que afecten a la moralidad profesional, infracciones e irregularidades de carácter administrativo de la misma índole (20). Por ello, en los casos en que el respectivo Derecho nacional contenga disposiciones relativas al medio ambiente o a los acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos, el incumplimiento demostrado de dicha normativa y que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional o una falta grave del aspirante a contratista.

Asimismo, el Ordenamiento comunitario permite la exclusión del sistema de contratación pública —o lo que es igual, el establecimiento de prohibición de contratar— de aquellos que no hayan cumplido sus obligaciones tributarias, no estén al corriente en sus obligaciones relativas a la seguridad social, tanto en el Estado en que se hallen establecidos como en el Estado del poder adjudicador, o se les considere gravemente culpables de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en los pliegos contractuales o anuncios de los contratos o que no hayan proporcionado dicha información, hayan cometido una falta grave en materia profesional, se encuentren en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las correspondientes normas legales y reglamentarias nacionales.

En todo caso, se exige la «firmeza» de las decisiones administrativas o judiciales que condenen penalmente o sancionen administrativamente. Los sujetos públicos contratantes están obligados a pedir, en su caso, a los candidatos aspirantes a la contratación los documentos pertinentes (21) y, cuando alberguen dudas sobre la situación personal de dichos aspirantes, pueden solicitar la cooperación de las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate. Todas estas prohibiciones u obstáculos a la contratación pública previstos o posibilitados en el Derecho comunitario tienen lógicamente su reflejo en nuestro Derecho contractual, además de otros específicamente relativos a normas internas sobre incompatibilidades.

(20) Art. 45 de la Directiva 2004/18. El concepto de «moralidad profesional» se refiere a los supuestos de atentados medioambientales, acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos o vulneraciones del principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores conforme a las Directivas 76/207, de 9 de febrero y 2000/78, de 27 de noviembre.

(21) Naturalmente, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (art. 45.3), precisa que los certificados oficiales, expedidos por las autoridades competentes, son válidos. También pueden serlo las declaraciones juradas o solemnes formuladas ante autoridades, notarios u organismos profesionales, en los casos en que no exista en el Estado miembro una fórmula de certificación oficial.

IV. LAS EXCLUSIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA COMISIÓN DE DELITOS

De conformidad con el planteamiento del Ordenamiento comunitario, las prohibiciones de acceso a la contratación pública pueden derivar de la comisión de ciertos delitos o realización de actuaciones asimiladas, las que se producen como consecuencia de la comisión de infracciones de carácter administrativo o irregularidades cometidas en contratos precedentes, y las que resultan de situaciones de «patología económico-financiera». A estas exclusiones añade nuestro Ordenamiento, según se verá luego, otras prohibiciones motivadas por la especial relación con los poderes públicos del aspirante a contratista.

La primera y más relevante prohibición de contratar afecta a quienes hayan incurrido en conductas delictivas específicas relacionadas con la «moralidad profesional». Nuestra legislación concreta *in extenso* el sintagma de la moralidad profesional, especificando que no podrán contratar con los entes del sector público quienes hayan cometido delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, o quienes hayan sido condenados por cualquier delito que lleve aparejada la pena de inhabilitación especial (22) para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, así como los condenados por delitos relativos a la protección del medio ambiente.

Todas las prohibiciones de contratar establecidas por razón de delito alcanzan, en principio, a personas físicas. Son las personas físicas, en efecto, quienes pueden cometer delitos y ser por ello susceptibles de condena a cualquier pena prevista en las normas penales o, en concreto, a la de inhabilitación especial. Pero, como es bien sabido —y así lo reconoce sin ambages el Derecho comunitario (23)—, en la actualidad se halla firmemente asentada la posibili-

(22) La inhabilitación extiende sin duda el vínculo de la moralidad profesional, en el sentido aparentemente restrictivo del Ordenamiento comunitario (ver nota 16). Pero, obviamente, toda inhabilitación, como acto —administrativo o penal— por el que se establece una incapacidad temporal para realizar alguna actividad o profesión, lleva a la presunción (demostrada en el correspondiente proceso, claro está) de que el inhabilitado ha creado un riesgo o daño a los intereses generales y se considera no apto para incurrir en situaciones análogas. Vid., sobre esta figura, la completa descripción de L. MORELL OCAÑA: *Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas*, en el vol. colectivo (Dirigido por R. Gómez-Ferrer Morant, «Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ed. Thomson-Ciivitas, Madrid, 2ª ed., 2004, pp. 123 y ss., especialmente, pp.138 y ss.

(23) Art. 45.1, *in fine*, de la Directiva 2004/18.

dad de que también las personas jurídicas puedan «delinquir», es decir, ser sujetos activos de determinados tipos delictivos (24) y, consiguientemente, ser condenadas penalmente, excepto a la pena de prisión. En la medida en que, por añadidura, determinados delitos especiales exigen en la autoría la presencia de ciertas características que únicamente concurren en la persona jurídica y no en las personas físicas que la integran, la prohibición de contratar se extiende asimismo a las personas jurídicas, con independencia de la culpabilidad de las personas físicas que la administran (25).

Pero, para que se impute a la persona jurídica una responsabilidad penal de las personas físicas condenadas es imprescindible que tal condena haya sido impuesta como consecuencia de la realización de actuaciones delictivas en nombre o a beneficio de dicha persona jurídica. Además, las personas físicas condenadas han de estar desempeñando su cargo de administrador o representante en el momento de la contratación, es decir, cuando se licita o se celebra el contrato.

Finalmente, las condenas por conductas delictivas han de ser en sentencia definitiva y firme, bien porque sea irrecurrible, o bien porque haya transcurrido el plazo de recurso si lo hubiera. El caso es que ya se haya puesto fin a la vía judicial, esto es, que los jueces hayan dicho su última palabra. En consecuencia, aunque haya una condena impuesta por un juez o tribunal del Poder judicial, si aún existe posibilidad de recurso, no se aplicará la prohibición de contratar (26). Por supuesto, los recursos interpuestos ante el Tri-

(24) Por ejemplo, fraude en el impuesto de sociedades, delitos medioambientales, etc.

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional 253/1993, de 20 de julio (Fundamentos jurídicos 2 y 3).

(26) De ahí que se cometiera un grave error legislativo al aprobar la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995. Se recordará tal vez que el art. 20 de la citada Ley, en su primera versión, prohibía la contratación a los «procesados» por delitos e incluso a los expedientados por infracciones administrativas. No era, por cierto, nueva esa fórmula, pues en la reforma del art. 9 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965, mediante la Ley de Presupuestos de 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio), ya se prohibía contratar con las Administraciones a los procesados o simplemente acusados. Hay que advertir que el Consejo de Estado, en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, sobre el Proyecto de Ley de Contratos —luego convertido en Ley de 18 de mayo de 1995— no consideró incompatible con la Constitución (principio de la presunción de inocencia, del art. 24. 2 del texto constitucional) este precepto, si bien hizo algunas observaciones críticas. No obstante, muy poco después de aprobada la Ley de 18 de mayo de 1995, a finales de ese mismo año y con ocasión del debate de una Ley de medidas como consecuencia de la sequía, se incluyó una modificación del precepto en el sentido de rectificar el procesamiento o el expediente como causas de prohibición, sustituyéndolos por la condena o sanción en firme. S. MARTÍN-RETORTILLO analizó esta evidente incorrección jurídica en un trabajo específico: *La prohibición de contratar establecida en el artículo 20, a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en la revista *La Ley*, núm. 3, año 1996.

bunal Constitucional u otros Tribunales internacionales, por ejemplo, no afectan a la operatividad de la prohibición de contratar.

A estos supuestos delictivos, hay que añadir algunas conductas reprobables, que, aun no constituyendo delito o que, aun pudiendo tener carácter delictivo, no es preciso que se enjuicien como delito, suponen objetivamente, es decir, con independencia de las intenciones de su autor, un comportamiento de efectos similares. En este supuesto se encuentran las personas que hayan cometido falsedad con ocasión de la licitación o pretensión de adjudicación de un contrato, e incluso cuando se producen determinados cambios de su situación en los registros contractuales.

Los aspirantes a la adjudicación de un contrato público, en efecto, deben inexcusablemente presentar, junto a sus ofertas o proposiciones, una «declaración responsable» en la que conste específicamente que no se hallan incurso en las prohibiciones para contratar, que están al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de la seguridad social, y, en su caso, aportando además datos relativos a su capacidad y solvencia. La declaración responsable incluye también la obligación de poner en conocimiento de los Registros de contratación —y, naturalmente, de los entes con los que se encuentre en relación contractual— la existencia sobrevenida de cualquier circunstancia que acarree una prohibición de contratar. La omisión de esta comunicación, mediando dolo, culpa o negligencia, se considera una falsedad asimilable a las conductas delictivas o que hacen perder la honorabilidad del contratista o aspirante a la adjudicación de contratos públicos. Además, por supuesto, el contratista o el aspirante a contratista, cuando tenga una «clasificación» concedida por las Administraciones Públicas, debe comunicar al órgano administrativo competente cualquier variación de las circunstancias que sirvieron para concederle dicha clasificación.

A quienes incurren en esas conductas reprobables se les niega también la honorabilidad y ello comporta la inhabilidad para contratar con el sector público (27).

Obviamente, el incuestionable carácter punitivo adicional que implica la prohibición de contratar (28) exige limitar sus efectos. Fundamentalmente, y como ocurre en el propio delito que sirve de soporte a la prohibición, el tiempo de operatividad de ésta ha de limitarse en función de la importancia y gra-

(27) Art. 49. 1, e, en relación con los arts. 130. 1, c, 59.4 y 305 de la LCSP

(28) En el Informe que presentó la Confederación Nacional de la Construcción en el procedimiento de elaboración de la LCSP se decía textualmente lo siguiente: «...También sería conveniente establecer clara y expresamente que las prohibiciones de contratar constituyen derecho sancionador, estableciendo el procedimiento específico y determinado para su declaración, tipificando claramente las conductas y la sanción que cada una de ellas conlleva».

vedad de la causa determinante, pues no existe en Derecho la «perpetuidad», ni sería oportuna y constitucionalmente admisible una prohibición de establecer lazos contractuales con todas las entidades del sector público, simplemente porque en cierta ocasión se cometió una infracción tipificada como delictiva. Y, por otra parte, puede suceder que alguno de los delitos que se consideran fuente de deshonor en una determinada época, dejen de serlo por los cambios de criterio del poder legislativo.

En cualquier caso, pues, han de establecerse límites. De ahí que la norma esboce métodos y procedimientos diferenciados —en una diferencia tipológica, pero no finalista— para, no solamente constatar y declarar las prohibiciones para contratar, sino también plazos de operatividad de las mismas (29).

La prohibición para contratar que deriva de la comisión de los delitos contemplados por la Ley contractual, ya sentenciados en firme y, por tanto, constatados y verificados por un juez o tribunal, se aprecia, es decir, se considera causa de exclusión del contrato, de forma directa y automática por los respectivos órganos de contratación. Obviamente, la comisión y constatación de esos delitos específicos conlleva la prohibición de contratar, aunque nada se diga en la sentencia correspondiente, pues así lo determina la legislación de contratos públicos (30). Pero la apreciación o estimación concreta de este impedimento contractual puede hacerse automáticamente por el órgano de contratación —y si no lo hace, cualquier otro licitador puede denunciar su existencia (31)— siempre que la sentencia se haya pronunciado sobre el

(29) En la Memoria del Anteproyecto de la LCSP ya se advertía sobre la necesidad de establecer un plazo máximo dentro del cual debe iniciarse el procedimiento de declaración de la concurrencia de la prohibición, en los casos en que ésta es presupuesto para su apreciación.

(30) El art. 49. 1 de la LCSP es contundente al respecto: «No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurren alguna de las circunstancias siguientes: a) haber sido condenadas por delitos de...», etc. Vid. L. MORELL OCAÑA. *Op. cit.*, p. 156.

(31) A tal efecto, puede considerarse muy positivo el establecimiento del recurso especial contemplado en el art. 37 de la LCSP. Por imposición de las normas comunitarias, el recurso especial permite reclamar contra los actos de trámite del procedimiento contractual, antecedentes a la adjudicación ante el órgano de contratación (o el Ministro, jefe del Departamento autonómico, del organismo contratante, etc., que ponga fin a la vía administrativa), en el plazo de diez días. Se atribuye siempre la competencia para la resolución del recurso a una autoridad administrativa, posibilitando así posteriormente el control de su decisión por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, la interposición del recurso paraliza o deja en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva expresamente, previa audiencia de los demás interesados, dentro de los cinco días siguientes. Caso de transcurrir veinte días sin resolverse, se entiende desestimado y abierta la vía judicial. En todo caso, resulta más que dudosa la correcta transposición de las normas comunitarias, que exigen procedimientos rápidos y eficaces —y, de alguna manera, añadiríamos, dotados de cierta autonomía (Sentencias del TJUE, entre otras, de 28 de octubre de 1999, 15 de mayo de 2003 y 3 de abril de 2008). En el caso de Francia, existe un «référé précontractuel», de carácter jurisdiccional, para adoptar esas decisiones. Puede verse al

alcance y duración de la prohibición impuesta. En este caso, además, subsistirá la prohibición durante el plazo fijado en la sentencia. Ahora bien, cuando en la sentencia no exista pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar o, habiendo pronunciamiento expreso, no se haga mención del plazo concreto de duración de la misma, la prohibición también podrá apreciarse directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán determinarse mediante un procedimiento administrativo específico en el que se verifique, con todas las garantías procedimentales, la relevancia de la prohibición para determinar su alcance y duración. Este procedimiento de «declaración previa» sobre la concurrencia de la prohibición, su alcance y duración, se establecerá en las disposiciones de desarrollo de la Ley contractual, si bien se encuentra ya regulado en la actualidad (32). La competencia para iniciar el procedimiento de declaración de una prohibición, tramitarlo y resolverlo se atribuye, en supuestos de delito, al Ministerio de Economía y Hacienda, cuya resolución se dictará a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (33). Por otra parte, la eficacia de esta resolución determinante del alcance y duración de la prohibición se condiciona a la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (34). Es importante destacar que este procedimiento de declaración previa, caso de que sea necesario —o sea, cuando la sentencia condenatoria no establezca alcance y duración de la prohibi-

respecto Jérôme MOMAS: *Référé-suspension et contentieux précontractuel*, en la revista «Actualité Juridique», núm. 21, año 2004, pp. 1116 y ss.; y también, F. DIEU: *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels*, en la misma revista, núm. 15, año 2007, pp. 782-788

Considerando la nueva Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, la LCSP no cumple en materia de plazos de resolución del recurso. No obstante, la posibilidad de solicitar la paralización del procedimiento contractual, junto a la de acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de falta de respuesta en plazo o de rechazo de la solicitud, parecen en conjunto fórmulas satisfactorias en orden a impedir el falseamiento de una licitación adecuada y justa.

En contra del criterio de la transposición correcta de la normativa comunitaria en este ámbito, vid. las consideraciones de M^º. LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ: *El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares*, en el vol. colectivo (dirigido por J.A. MORENO MOLINA), «La Ley de Contratos del sector Público y su aplicación por las Entidades locales», Ed. CEMCI, Granada, 2008, pp. 293 y ss.

(32) Arts. 19 y ss. del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en lo sucesivo, RGLC).

(33) Art. 50. 2 y 3 de la LCSP. Este precepto es de carácter básico, de acuerdo con lo previsto en la Disposición final séptima, 2, de la LCSP, lo cual entiendo que resulta coherente con la competencia estatal plena en materia penal (Art. 149. 1. 6º de la Constitución), aun no tratándose estrictamente de «legislación penal». De otro modo, cabría la posibilidad de que cualquier órgano de contratación no estatal pudiera «extender» la eficacia de una condena penal.

(34) Así se desprende, no solamente de la naturaleza de la prohibición, sino también de la competencia ministerial para declarar el alcance y duración de la prohibición y de su eficacia general (art. 50. 4, en relación con los arts. 301 y 303. 2 de la LCSP).

ción—, no podrá iniciarse una vez haya transcurrido el plazo de prescripción de la pena impuesta. Y, en cualquier caso, la duración de la prohibición no excederá de ocho años.

V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR POR CAUSA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Al igual que ocurre con los hechos constitutivos de delito, la comisión de ciertas infracciones de carácter administrativo conlleva también la prohibición de contratar con todos los entes del sector público. En efecto, no podrán concurrir a las licitaciones ni celebrar contratos con cualesquiera entes del sector público las personas físicas o jurídicas que hayan sido sancionadas por la realización de hechos o actividades tipificadas como infracción administrativa grave en los ámbitos de acción pública relativos a disciplina de mercado, materia profesional o de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Tampoco podrán contratar quienes hayan sido sancionados por la comisión de infracciones calificadas como muy graves en la legislación laboral, de prevención de riesgos laborales o en materia de protección medioambiental (35). Son éstas, y no otras, las sanciones que impiden contratar con el sector público, aunque, obviamente en mi criterio, deben entenderse referidas a la legislación vigente reguladora y sustitutiva de las normas referentes a las materias mencionadas y que encajen dentro de los sectores establecidos (36).

(35) En este caso, la LCSP (art. 49. 1, c), utilizando una técnica normativa inadecuada, menciona específica y expresamente las normas promulgadas en materia medioambiental cuya infracción determina la causa de prohibición para contratar. Considero, sin embargo, que hubiera sido preferible, aun contando con los riesgos de la falta de tipificación que, tal vez, ello supone, unas referencias mucho más genéricas a los ámbitos o materias en que las infracciones graves o muy graves fuesen determinantes para la prohibición de contratar, como por ejemplo, sector de aguas, costas, patrimonio natural y biodiversidad, residuos, envases y residuos de envases, evaluación de impacto ambiental, contaminación del aire y atmósfera, ruido, protección de consumidores, etc. Hacerlo del modo que se ha hecho implica, por un lado, el peligro de la sustitución de normas o aparición de nuevas normas (eso ya ha ocurrido, por ejemplo, con las leyes de patrimonio natural y biodiversidad, o desarrollo rural, que son posteriores a la LCSP) cuya infracción debería ser causa también de prohibición. Por otra parte, se cercena la posibilidad de que también algunas sanciones impuestas por infracción de las leyes de las Comunidades Autónomas sean causa determinante de prohibición, salvo que así lo establezcan expresamente.

(36) Así, por ejemplo, puede entenderse que la infracción prevista en el art. 92. 1, c, de la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores de Aragón (Ley 16/2006, de 28 de diciembre), o la del art. 95 de la Ley de Protección ambiental de Aragón (Ley 7/2006, de 22 de junio), conlleve, como sanción complementaria, la prohibición de contratar «con las Administraciones Públicas aragonesas».

En todo caso, las sanciones impuestas han de ser firmes, lo que significa que no basta ni la inculpación o acusación, ni la incoación y tramitación del correspondiente expediente sancionador, ni siquiera la imposición definitiva de la sanción. Es decir, que sea insusceptible de recurso alguno, tanto en vía administrativa como en vía judicial (37).

Por supuesto, y a diferencia de lo que sucede en los casos de prohibiciones derivadas de la comisión de delitos, las prohibiciones de contratar que se aplican a los sancionados administrativamente no son directamente apreciables por los órganos de contratación. La constatación de la prohibición de contratar requiere, en efecto, la previa declaración de su existencia mediante un procedimiento específico. El procedimiento para declarar la existencia de una prohibición derivada de sanción habrá de observar los trámites de la legislación administrativa general (38) y, en todo caso, deberá tener en cuenta si ha habido dolo o manifiesta mala fe del contratista a la hora de incurrir en causa determinante de prohibición, y, muy especialmente, la entidad de los daños y perjuicios causados a los intereses públicos por la conducta del contratista. Por otro lado, esta prohibición tiene siempre una duración limitada en el tiempo, con un máximo de cinco años.

El procedimiento de declaración, como se ha expuesto antes, tiene fecha de caducidad. En efecto, no podrá iniciarse procedimiento de declaración de prohibición si hubieran transcurrido más de tres años, computados a partir de la fecha de firmeza de las sanciones.

La competencia para la determinación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en los supuestos de sanción administrativa, corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. También en este caso, como en el de las prohibiciones derivadas de delito, la prohibición tiene unos efectos *erga omnes*, es decir, impide la contratación con cualquier entidad u órgano del sector público. Para que esta eficacia general sea plenamente operativa, habrá de inscribirse la prohibición de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, estatal o autonómicos, es decir, según el tipo de sanción y la Administración que la haya impuesto (39).

(37) Este criterio, además de lógico, fue inmediatamente avalado por un Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la letra d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas..

(38) Arts. 68 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

(39) Art. 303. 2 de la LCSP.

VI. LA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR DERIVADA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS

Sin llegar a considerarse infracción generadora de sanción, hay circunstancias que impiden legalmente a los empresarios, personas físicas o jurídicas, celebrar contratos públicos. Se trata de determinadas transgresiones o incumplimientos de las normas que, por su específica vinculación a la solvencia moral, profesional y económico-financiera del aspirante a contratista, se han considerado causa suficiente de exclusión del sistema de contratación pública. No obstante, conviene advertir que, mientras las irregularidades en la relación con la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como las falsedades cometidas en cualquier declaración previa a la celebración de un contrato público o a su situación como contratista, se consideran suficientemente graves como para impedir la contratación con cualquier ente del sector público, otros incumplimientos o irregularidades están limitadas a la licitación o contratación con las Administraciones Públicas, no operando en el resto del sector público. No es fácil entender esta distinción, sobre todo cuando se contempla la relación concreta de estas prohibiciones.

Así, los incumplimientos de obligaciones tributarias o de Seguridad social determinan objetivamente la prohibición para contratar con cualesquiera entes del sector público. Exactamente lo mismo ocurre a quienes hayan incurrido en falsedad al efectuar la «declaración responsable» (40). De modo que quienes no se encuentran al corriente de los deberes fiscales o con la Seguridad social que imponen las leyes respectivas están incapacitados para contratar, simplemente por su incumplimiento, sin necesidad de que hayan incurrido en conductas sancionables o se les impongan sanciones por dicho incumplimiento, para lo cual los aspirantes a contratistas deben inexcusablemente presentar una declaración de su aptitud por esta causa y, en caso de resultar adjudicatarios del contrato, acreditarlo. En el mismo caso se encuentran los que falsifiquen documentación u oculten su verdadera situación empresarial en relación con el sistema de contratación pública.

Sin embargo, en lo que respecta a la operatividad de ambas prohibiciones, hemos de constatar algunas diferencias. En efecto, la exclusión de los

(40) Esta declaración responsable se refiere a la manifestación obligatoria que deben realizar los licitadores cuando presentan sus proposiciones en los procedimientos contractuales (abiertos, restringido, negociado o diálogo competitivo). La declaración implica, por una parte, el compromiso de veracidad, y, por otra, el anticipo de prueba exigible en todo caso para los licitadores a cuyo favor se realice la adjudicación del contrato (arts. 130. 1, c, y 62. 1 de la LCSP). Sobre los problemas que plantea el desarrollo de estas declaraciones responsables, vid. J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático», Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 352-354.

aspirantes a contratistas que no han cumplido sus obligaciones tributarias y de Seguridad social se produce automáticamente, subsistiendo además mientras persista el incumplimiento. Por ello, los órganos de contratación, de oficio o a instancia de cualquier otro licitador, apreciarán directamente la prohibición una vez constaten que el futuro adjudicatario del contrato no se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus deberes fiscales o de seguridad social. Ahora bien, no todas las situaciones de irregularidad tributaria o de seguridad social son determinantes de la prohibición para contratar. Los incumplimientos están tasados, es decir, han de ser lo suficientemente relevantes en la estimación de la solvencia del aspirante a contratista, pues no es fácil entender que se obstaculice la contratación pública por simples irregularidades de los presuntos contratistas. Sólo cuando se produzcan las circunstancias que se concretan en las disposiciones de desarrollo de la legislación contractual (41) se impedirá, pues, la celebración del contrato.

En cuanto a las falsedades cometidas a la hora de documentar las propuestas por parte de los aspirantes a la licitación, así como las ocultaciones de datos relevantes para la demostración de solvencia de los contratistas, la prohibición para contratar deberá ser objeto de «declaración previa», siguiendo el procedimiento general. Pero, en primer lugar, la eficacia de esta prohibición está subordinada [o «condicionada», en términos de la ley (42)] a su inscripción o constancia en los correspondientes Registros oficiales. La competencia para dictar la resolución que declara esta prohibición corresponderá a la Administración o entidad «a la que se deba comunicar la correspondiente información». El silencio de la norma ante el supuesto de falsedades cometidas en el momento de realizar las «declaraciones responsables» hace pensar que será competente el órgano de contratación ante el que se hubieran presentado los datos falsos (43). Por lo demás, el procedimiento de declaración de la prohibición no podrá iniciarse transcurridos tres años contados «desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información» (44). En las relaciones contractuales e incompatibilidades por razón de dependencia de los poderes

(41) Los arts. 13 y 14 del RGLC precisan (a los efectos de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) las obligaciones tributarias y de seguridad social cuyo incumplimiento debe considerarse causa de prohibición para contratar. Entiendo que, salvo modificaciones terminológicas, estas «puntualizaciones» reglamentarias serán confirmadas en las disposiciones de desarrollo de la LCSP. Mientras, la disposición derogatoria única de la LCSP permite la aplicación del citado RGLC en todo lo que no se oponga a aquella.

(42) Art. 50. 4 de la LCSP.

(43) Lo aclara así, el art. 18. 2 del RGLC, aunque lógicamente por referencia a la derogada ley contractual.

(44) Art. 50. 2, párrafo segundo, letra b, de la LCSP.

públicos se constatan y declaran directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan. En todos los demás casos, es decir, en el supuesto de sanciones administrativas específicas e incumplimientos contractuales, la constatación de la prohibición de contratar requiere una previa declaración de su existencia mediante un procedimiento específico.

Por otra parte, hay otras irregularidades o incumplimientos normativos que sólo afectan a las Administraciones Públicas y, consiguientemente, no constituyen obstáculo para contratar con los demás entes del sector público que no tienen la condición de Administraciones Públicas (45).

En primer lugar, constituye causa de prohibición haber dado lugar a la resolución firme de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública. Teniendo en cuenta que la resolución o extinción del contrato público se produce por causas tasadas (46), incurrirán en prohibición quienes, «por causa de la que hubieren sido declarados culpables» sean declarados insolventes o en concurso, los que no formalicen, una vez adjudicado, un contrato, quienes no cumplan los plazos del contrato en ejecución o de su iniciación en caso de urgencia o los que incumplan las condiciones esenciales calificadas como tales en los pliegos contractuales o las especiales establecidas en cada contrato. En cualquier caso, para que se aplique esta prohibición la resolución del contrato adoptada por la Administración Pública contratante debe ser firme, es decir, que contra la misma no cabe ya recurso alguno, administrativo o judicial. Por lo demás, en la decisión de extinción resolutoria del contrato debe figurar expresamente la declaración de culpabilidad del contratista.

En segundo lugar, la comisión de ciertas infracciones muy graves o graves a la legislación tributaria o a la de subvenciones puede suponer una prohibición de contratar (47). En este supuesto se encuentran afectadas por la prohibición las personas físicas o jurídicas a las que se les imponga una sanción administrativa económica, por incumplimiento de deberes tributarios o de obligaciones derivadas del otorgamiento de subvenciones, que lleven aparejada la sanción accesoria de la prohibición de contratar. En efecto, tanto la legislación general tributaria como la general de subvenciones han previsto, como sanción accesoria posible, la de prohibición de contratar con la «Administración u otros

(45) Me remito a lo expuesto en la nota 1.

(46) Concretamente, son causas de resolución de los contratos públicos las previstas en el art. 206 de la LCSP.

(47) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, respectivamente. Entendemos esta causa de prohibición como posible, siempre y cuando la sanción impuesta por la comisión de infracciones tributarias o de la legislación de subvenciones lleve aparejada la declaración expresa de prohibición para contratar.

entes públicos» en determinados casos de infracción grave o muy grave. En concreto, de acuerdo con la Ley General Tributaria, además de la multa pecuniaria por infracción grave o muy grave y por importe superior a 30.000 euros, podrá imponerse, además, una sanción accesoria de prohibición de contratar «con la Administración Pública que hubiera impuesto la sanción» durante un plazo de uno o dos años, según se trate de infracción grave o muy grave. En el caso de multas pecuniarias superiores a 60.000 euros, la sanción accesoria de prohibición para contratar puede llegar a los cinco años, según la cuantía de la multa, es decir, hasta tres años, si la multa es igual o superior a 60.000 euros, hasta cuatro años, si la cuantía supera los 150.000 euros, y hasta cinco años, si la multa supera los 300.000 euros. Pero, en todo caso, la imposición de este castigo adicional se condiciona a la circunstancia de que el órgano sancionador «hubiera utilizado el criterio de graduación de la comisión repetida de infracciones tributarias» para imponer la sanción (48).

Por otra parte, las infracciones graves o muy graves tipificadas en la legislación de subvenciones, además de la eventual pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, pueden conllevar la imposición de una sanción accesoria a la multa pecuniaria, consistente en «prohibición de contratar con las Administraciones Públicas» (49). Si se trata de infracciones graves, la Administración sancionadora puede imponer una sanción accesoria de prohibición de contratar por un periodo de hasta tres años, y si se trata de infracciones muy graves, hasta cinco años, siempre en función de la gravedad de los hechos sancionados. Estas prohibiciones se refieren a la contratación con la «Administración u otros entes públicos» (50) y pueden aplicarse

(48) Art. 186 de la citada Ley General Tributaria. En mi criterio, esto significa que la prohibición de contratar derivada de estas infracciones depende de la reiteración probada de las mismas, de modo que la «moralidad profesional» del aspirante a contratista quede sensiblemente afectada por sus comportamientos defraudatorios. En cualquier caso, no sería de aplicación la doctrina constitucional del «*ne bis in idem*», porque esta previsión legal no implica la imposición de un doble castigo existiendo identidad de hechos, personas y fundamentos, y porque los intereses protegidos son diferentes (Vid., al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005, de 7 de julio, sobre la inconstitucionalidad del art. 27. 3, j, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

(49) Art. 59 de la Ley. Es evidente que la referencia a «las Administraciones Públicas» introduce elementos de confusión cuando se analiza el concepto de Administración Pública desde diversas perspectivas. En mi opinión, habida cuenta del carácter básico de la Ley General de Subvenciones en este —y otros muchos— aspectos (Disposición final primera de la Ley), parece claro que esta prohibición de contratar debe tener un alcance superior al del restrictivo art. 3. 2 de la LCSP (véase nota 1) y, muy especialmente, habría de ser interpretado en contra de la incompresible e inaceptable diferenciación que establece el art. 49 de la LCSP.

(50) Arts. 62 y 63 de la Ley General de Subvenciones. Estos preceptos, a diferencia del art. 59, no tienen naturaleza básica. Tampoco es básico, por cierto, el art. 49. 2, c, de la LCSP, según la Disposición final séptima de la misma.

como sanción complementaria o accesoria siempre que el perjuicio causado a la Administración subvencionadora exceda de 30.000 euros y, además, el infractor haya opuesto resistencia, se haya negado o haya obstruido el control, o bien haya utilizado medios fraudulentos en la comisión de las infracciones principales.

Debe advertirse que estos planteamientos, junto a los que ofrece la legislación contractual en este ámbito, no dejan de provocar ciertas confusiones. En efecto, si se analiza la distinción que se establece en la LCSP entre las prohibiciones de contratar, hemos de concluir que, aparte de su inaceptable e incomprensible diseño, la «taxatividad» que exige una interpretación razonable del principio de legalidad (51) puede quedar en entredicho. De todos modos, y si pensamos en que otra cosa pretendía el Legislador, creo que al menos de esta causa de prohibición no se escapan los entes del sector público que no tienen la condición de Administraciones Públicas a los efectos de la legislación contractual. En mi criterio el significado y los contenidos de todas las prohibiciones del art. 49. 2 de la LCSP aconsejarían su extensión a todo el sector público. Es más, resulta totalmente inaceptable que el apartado c, del art. 49. 2 se haya considerado como «no básico» (Disposición final séptima de la LCSP), pese a la importancia de la «inmoralidad profesional» (por utilizar terminología comunitaria) que conlleva la imposición de sanciones por fraude tributario o subvencional (52). Podríamos decir, parafraseando al Tribunal Constitucional, que «el problema que pretende expulsarse por la puerta, penetra otra vez por la ventana» (53).

También constituye causa de exclusión o impedimento para contratar el hecho de haber retirado indebidamente una proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o el de haber imposibilitado la adjudicación definitiva de un contrato a su favor precisamente por no presentar la documentación justificativa de su aptitud para contratar después de que se le haya adjudicado provisionalmente el contrato (54).

(51) Vid., entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/2007, de 5 de noviembre.

(52) Pese a que el apartado c, del art. 49. 2 de la LCSP no se considera «básico», lo cierto es que se incurre en una grave contradicción, ya que tanto la Ley General Tributaria, como la Ley General de Subvenciones (al margen de que ésta se haya impugnado ante el Tribunal Constitucional), en lo referente a este tipo de sanciones, son básicas.

(53) La frase se encuentra en el voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ BEREJO (al que se adhirieron los Magistrados GABALDÓN y CRUZ VILLALÓN) a la Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, a propósito de la prórroga forzosa que estableció la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964..

(54) Art. 49. 2, d, en relación con el art. 135. 4 de la LCSP.

Ambas circunstancias se identifican como irregularidades que producen la impresión de falta de seriedad profesional de quien incurre en dichas situaciones, mediando una presunción legal en tal sentido. Ahora bien, para que la retirada indebida de la proposición u oferta llegue a ser considerada como causa de prohibición de contratar, es necesario que tal retirada se produzca al margen de los cauces o trámites que lo permiten. En mi opinión, desde la perspectiva del concepto de irregularidades en que encaja esta prohibición, podría considerarse indebida la retirada de la oferta o proposición cuando, finalizado el periodo de admisión de propuestas en una licitación, han dado comienzo los trámites de adjudicación. Asimismo, debe juzgarse como retirada indebida el supuesto en que, realizada ya la clasificación de las ofertas o proposiciones, el adjudicatario provisional retira su proposición sin motivo alguno. Por añadidura, el adjudicatario provisional de un contrato debe presentar, dentro de plazo (55), los documentos acreditativos de su aptitud para celebrar el contrato y asimismo constituir la garantía definitiva. Por ello, si no lo hace como exige la ley y, por tanto, no puede celebrarse el contrato, se incurre en causa de prohibición, siempre que haya dolo, culpa o negligencia por parte del adjudicatario provisional. Para que sean operativas y eficaces, estas prohibiciones han de inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, de acuerdo con el ámbito funcional de la Administración contratante, y subsistirán, en todo caso, durante un plazo de dos años desde la inscripción.

Otra irregularidad determinante de causa de prohibición es la vinculada a las condiciones especiales de ejecución de un contrato (56), siempre que, obviamente, dichas condiciones sean compatibles con el Derecho comunitario, estén indicadas en el correspondiente anuncio del contrato y se encuentren definidas en los pliegos contractuales como infracción grave. En este caso, el incumplimiento de estas condiciones, mediando dolo, culpa o negligencia en el contratista, determinará la prohibición de contratar en futuros contratos con las Administraciones Públicas, aunque no con otros entes del sector público.

Finalmente, y puesto que se considera también una irregularidad en el cumplimiento de las normas, constituye causa de prohibición para contratar haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Admi-

(55) Art. 135. 4 de la LCSP.

(56) De conformidad con lo dispuesto en el art. 102 de la LCSP, los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales de ejecución de un contrato, tales como las relacionadas con cuestiones medioambientales, consideraciones de tipo social para promover el empleo de personas con dificultades, eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo y estrategias similares, o cumplimiento de normas internacionales.

nistraciones públicas (57). Esta previsión parece un tanto redundante o superflua, o, dicho de otra manera, podría considerarse como una «prueba diabólica». Pero, obviamente, desempeña un papel complementario o residual, en la medida en que, no solamente le corresponde al aspirante a contratista demostrar y probar mediante documento acreditativo, judicial o administrativo, que no incurre en causa de prohibición, sino que en muchas ocasiones, cuando tal documentación no pueda ser expedido por autoridad competente, será el propio contratista el que efectúe una «declaración responsable» en ese sentido (58).

Las prohibiciones de contratar que derivan de este tipo de irregularidades se constatan y declaran mediante el procedimiento específico al que se ha hecho ya referencia más arriba. Insistimos en que habrá de tenerse muy en cuenta si ha existido dolo o manifiesta mala fe del contratista a la hora de incurrir en estas causas determinantes de prohibición para contratar y, muy especialmente, la entidad de los daños y perjuicios causados a los intereses públicos por la conducta del contratista. El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si han transcurrido más de tres meses desde el momento de la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva. Por otro lado, estas prohibiciones tienen siempre una duración limitada en el tiempo (59), computado desde su inscripción en el correspondiente Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. La declaración de la existencia de este tipo de prohibición ha de llevarse a cabo por la Administración Pública contratante en la que se produjeron las circunstancias determinantes de la misma (60). No queda claro si también estos «motivos» (o sea, la retirada indebida de la proposición o la imposibilidad de celebración del contrato) se producen respecto de los contratos del resto del sector público. Una interpretación «razonable» llevaría a la conclusión de que, puesto que sólo conciernen a las Administraciones Públicas, sólo en los contratos que ellas celebren cabe considerar estas irregularidades como determinantes de prohibición de contratar. En mi criterio, no obs-

(57) Art. 49. 2, e, de la LCSP.

(58) Art. 62 de la LCSP. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no todas las prohibiciones de contratar llegan a los Registros oficiales (art. 303 de la LCSP) y, asimismo, que al sistema de contratación pública pueden acceder contratistas de otros Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, en los que no esté prevista la posibilidad de esta «prueba» acreditativa oficial.

(59) La prohibición derivada de la retirada indebida de la proposición subsiste durante dos años; la derivada del incumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato no podrá exceder de un año (art. 50. 2 de la LCSP).

(60) El procedimiento se tramitará, por ahora y a la espera del desarrollo reglamentario de la LCSP, de conformidad con los arts. 19 y ss. del RGLC.

tante, ateniéndonos a la letra de la norma, puede interpretarse que tales irregularidades, mediando dolo o culpa y con daño a los intereses públicos, afectan negativamente al aspirante a contratista y, por tanto, si bien solamente despliegan su eficacia para los contratos de las Administraciones Públicas, constituyen causa de prohibición cualquiera que sea el ente del sector público en cuyos contratos tengan lugar. Abona esta conclusión la circunstancia de que estas prohibiciones afectarán «a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración», lo que significa que, no solamente pueden los entes del sector público (que no tengan la condición de Administraciones Públicas) declarar la existencia de estas causas, sino que, por añadidura «les afectarán» (61). Ahora bien, cuando el daño eventualmente causado a los intereses públicos sea importante, el Ministro de Economía y Hacienda podrá extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público, siempre que se haya comunicado previamente a estos entes la existencia de la prohibición y su declaración y se haya dado audiencia al empresario afectado.

VII. LAS PROHIBICIONES POR FALTA DE SOLVENCIA ECONÓMICA

Las situaciones de insolvencia o, dicho de otro modo, de dificultades económico-financieras de los aspirantes a contratistas pueden considerarse, en determinados supuestos, como causa de prohibición de contratar. En consecuencia, a quienes incurren en tales situaciones se les impide la posibilidad de concurrir a las licitaciones y, por supuesto, la celebración de contratos con cualesquiera entes del sector público.

En los supuestos de insolvencia determinante de prohibición para contratar incurren quienes voluntariamente soliciten una declaración de «concurso», o bien sean declarados en concurso, estén sujetos a intervención judicial o hayan sido inhabilitados como consecuencia de la resolución del concurso.

(61) Art. 50. 3, segundo párrafo, de la LCSP. Semejante disposición pone en entredicho, por cierto, la limitación genérica que establece el art. 49. 2 de la LCSP que parece reducir a «las Administraciones Públicas», y no a otros entes del sector público, la aplicación de las prohibiciones que contiene. En mi criterio, ya anticipado en este mismo comentario, el significado y los contenidos de las prohibiciones del art. 49. 2 de la LCSP aconsejaría su extensión a todo el sector público. Es más, resulta totalmente inaceptable que el apartado c, del art. 49. 2 se haya considerado como «no básico» (Disposición final séptima de la LCSP), pese a la importancia de la «inmoralidad profesional» (por utilizar terminología comunitaria) que conlleva la imposición de sanciones por fraude tributario o subvencional. Tal vez sea explicable esta disposición desde la perspectiva del carácter —estatal— de la Ley General Tributaria y de la Ley General de Subvenciones, pero, como ya expuse (vid. nota 52 y el texto correspondiente), ambas leyes estatales son básicas y de aplicación plena en lo referente al ámbito sancionador.

Esta prohibición se vincula al presupuesto objetivo del concurso. El elemento identificador de la insolvencia y, por tanto, del concurso, se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Se trata, sin embargo, de un concepto unitario y, a la vez, flexible porque puede ser necesario o voluntario, esto es, que puede solicitarlo el presunto insolvente o quienes se encuentren legitimados como acreedores del deudor, y, tratándose de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas. La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre sus facultades patrimoniales, ni durante la tramitación del concurso se suprimen los órganos de la persona jurídica deudora. En todo caso, los concursos, voluntarios o necesarios, han de basarse en alguno de los supuestos previstos en la ley (62), como presuntas causas reveladoras de la insolvencia. Además de los efectos civiles o mercantiles que produce la declaración de concurso respecto del deudor, que carecen del carácter represivo de la insolvencia, lo cierto es que por el mero hecho de solicitar el concurso, e igualmente, claro está, si se le declara en la situación de concurso, opera automáticamente la prohibición de contratar. Por supuesto, y con mayor razón, si hay una declaración judicial de «intervención» de la administración o gestión —suspensión de la misma o sustitución por administradores o gestores distintos—, o si se encuentran motivos de culpabilidad en la insolvencia y se impone la «inhabilitación» como sanción de carácter temporal a las personas afectadas, no hay posibilidad de contratar. Obviamente, si el aspirante a la licitación o adjudicación del contrato está inhabilitado judicialmente para la gestión de su patrimonio, o si la empresa se halla bajo intervención judicial, no se pueden confiar los intereses públicos que subyacen en la contratación a quienes se encuentran en tales situaciones y mientras se encuentren en ellas.

VIII. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR QUE SE DEDUCEN DEL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LOS PRIVADOS

Al margen de las disposiciones del Ordenamiento comunitario —lo que no implica que lo contradigan—, hay otras prohibiciones para contratar con el sector público que tienen su razón de ser en las especiales relaciones de los aspirantes a contratistas con los poderes públicos. Consiguientemente, este tipo de prohibiciones son eficaces exclusivamente para quienes, españoles

(62) Ley Concursal, de 9 de julio de 2003.

—o incluso ciudadanos comunitarios (63)—, desempeñen ciertos cargos o funciones públicas. Esta prohibición afecta, en principio, a las personas físicas que se encuentren vinculadas a cualquier poder público, sea por motivos políticos o por relaciones jurídicas, es decir, sean derivadas de un cargo o función política o administrativa. En estos casos, opera la prohibición sencillamente porque se produce una presunta incompatibilidad, legalmente declarada —y, por tanto, que carece de posibilidad de demostración en contrario—, entre los intereses personales de los que ocupan ciertos cargos o desempeñan ciertas funciones públicas y el interés general predominante y objetivo del sistema de la contratación pública.

En suma, esta prohibición tiene por finalidad, ya no solamente garantizar del mejor modo posible el principio de transparencia, sino también, y fundamentalmente, despejar cualquier sospecha acerca de la rectitud y moralidad de las personas que dirigen, participan o intervienen en las actividades de los entes del sector público (64). El Ordenamiento español, por lo demás, refuerza el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener un alto cargo, su cónyuge o persona que conviva con él en análoga relación de afectividad así como de determinados miembros de su unidad familiar, e incluso las empresas en que participen hasta un diez por ciento o sean subcontratistas de éstas o perciban subvenciones, prohibiéndoles la contratación con el sector público estatal, autonómico o local.

Pero la incompatibilidad, y por ello la prohibición, se extiende asimismo a las personas jurídicas cuyos administradores incurren en la situación de relación o vinculación respecto de determinados poderes públicos, como consecuencia del desempeño de los cargos electivos de Diputados de los Parlamentos y Senadores, Diputados del Parlamento Europeo y miembros de las Entidades locales (65). Asimismo, la prohibición afecta a las personas jurídi-

(63) Es bien sabido que la libertad de circulación de trabajadores, pilar básico de la Unión Europea, permite la incorporación de ciudadanos de los Estados miembros de la UE a determinadas funciones de las Administraciones Públicas españolas. El propio Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (art. 57. 1 y 2), consagra el derecho de los nacionales de otros Estados de la UE a los empleos públicos, incluyendo a los ciudadanos de Estados con los que la UE haya celebrado Tratados internacionales, «con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas».

(64) Sobre esta cuestión, me remito a J. BERMEJO VERA: *Imparzialità vs. Indirizzio politico: le variabili del rapporto tra politica e Amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, en la revista «Diritto Amministrativo», año XV, fascículo 1, 2007, pp. 15 y ss; y en el vol. colectivo (dir. M. PILADE CHITI y Ricardo URSI), «La Dirigenza pubblica: analisi e prospettive», Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 67 y ss.

(65) Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. En el mismo

cas en cuyo capital participen —sólo cuando se superan determinadas cuantías (66)— los miembros de los Gobiernos y demás altos cargos, los empleados públicos y cualesquiera cargos electivos al servicio de las Administraciones Públicas.

La imposibilidad de contratar con el sector público, legalmente presunta, pero incuestionable, también se produce y acarrea la prohibición de contratar para todo el personal de cualesquiera Administraciones Públicas (67) y para las personas jurídicas de que sean administradores, si, en este caso, la contratación se celebra con el ente público del que dependen (68). En los demás casos, el mero hecho de desempeñar la función pública no inhabilita para contratar.

Por lo que se refiere a los representantes políticos, cualesquiera cargos electivos están afectados por la prohibición, extendiéndose la misma a las personas jurídicas de la que sean administradores (69).

Las características «personalistas» de este tipo de prohibición explican y justifican su extensión a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de los miembros de órganos legislativos o gubernamentales y demás altos cargos, empleados públicos y cargos electivos al servicio de la Administración, siempre que, respecto de los descendientes, dichas personas inhabilitadas ostenten su representación legal.

Por último, y como consecuencia de las nuevas exigencias y cautelas que garantizan o, al menos, no pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia de los miembros del gobierno y demás altos cargos, así como el reforzamiento de la imagen que los mismo, deben ofrecer ante los ciudadanos en cuanto servidores públicos, la prohibición de contratar con el sector público impide que las mencionadas personas físicas y las empresas o sociedades en las que participan por encima del diez por ciento puedan celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con el sector público, hasta que hayan transcurrido al menos dos años desde que se pro-

sentido, las leyes homólogas de las Comunidades Autónomas. Vid., sobre este tema, R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2ª ed., 1998; y, del mismo autor, «Directivos públicos», Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2006.

(66) En general, un diez por ciento. Arts. 6 y concordantes de la citada Ley 5/2006, de 10 de abril.

(67) Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(68) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 16/02, de 13 de junio de 2002.

(69) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

dujo su cese en el cargo público. Pero, además, existe un control adicional para garantizar la honorabilidad, imparcialidad y objetividad de estas personas, en el desempeño de actividades privadas cuando cesan en sus cargos. Por ello, las empresas privadas relacionadas directamente con el cargo desempeñado que le contraten en el plazo de dos años después del cese, incurrir en la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo en el que se mantenga la limitación para el alto cargo, siempre que se publique en el Boletín Oficial del Estado la declaración del incumplimiento (70).

IX. EPÍLOGO: LA AFECTACIÓN SUBJETIVA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

Desde la perspectiva de los aspirantes a contratistas, tanto las personas físicas, como también las personas jurídicas, pueden estar afectados por las distintas prohibiciones. Para que las prohibiciones de contratar afecten a las personas jurídicas, han de existir algunas vinculaciones jurídicamente relevante entre las personas físicas que incurrir en conductas definidas como impedimento y la persona jurídica, tales como la condición de cargo representativo o de administración. Por otra parte, no es estrictamente una prohibición de contratar, aunque produce el mismo efecto, la exigencia de que las personas jurídicas sólo pueden aspirar a la condición de adjudicatarios de los contratos cuando sus fines, objeto o ámbito de actividad, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, abarquen las prestaciones del correspondiente contrato.

Por su naturaleza y finalidad, todas las prohibiciones para contratar se trasladan o afectan a aquellas empresas y sociedades que aspiren a la adjudicación de contratos y se presume la continuidad estructural o de objeto social. Se trata de impedir que haya algún tipo de fórmula jurídica, ya sea la de transformación, fusión o sucesión de empresas, mediante la que los afectados por una prohibición de contratar puedan soslayar la prohibición. Eso sucede, cuando, por razón de las personas que rigen las empresas u otras circunstancias, pueda suponerse que las nuevas empresas constituidas son continuación o derivan de otras empresas en las que hubiesen concurrido prohibiciones para contratar.

Los requisitos de capacidad y las prohibiciones anteriores son exigibles en los supuestos de «Uniones de empresarios» (UTEs). Las Administraciones y demás entes del sector público pueden, en efecto, celebrar sus contratos con

(70) Art. 49. 1, f y g de la LCSP. Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES: *Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I)*, en la revista «Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas», núm. 40, año 2005, pp. 52 y ss.

estas agrupaciones de empresarios que se constituyen expresa y temporalmente para aspirar a la adjudicación y realización de un contrato determinado y cuya constitución deberá ser formalizada en escritura pública, una vez adjudicado definitivamente el contrato, asumiendo los empresarios unidos una responsabilidad solidaria. Esta habilitación resulta interesante, especialmente, para las pequeñas y medianas empresas que así pueden competir frente a licitadores de mayor capacidad empresarial. Pero, en este caso de unión temporal, todas las empresas o personas que constituyen la UTE deben estar «clasificadas» en el Registro de Licitadores o acreditar la capacidad y solvencia si se trata de empresas no españolas, siempre que fuera necesario cumplir este requisito por el tipo de contrato a celebrar. También las propias UTEs podrán estar clasificadas, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal.

Por último, conviene advertir que en la cesión de los contratos, figura que permite trasladar los derechos y obligaciones del adjudicatario a un tercero (excepto cuando las cualidades técnicas o personales del contratista hayan sido razón determinante de la adjudicación), operan las prohibiciones para contratar, de modo que el cesionario no debe estar incurso en ellas (71).

(71) Art. 209. 2, c, de la LCSP.